Tribunal administratif
du Grand-Duché de Luxembourg
1re chambre

N° 32090 du rôle
Inscrit le 22 février 2013

Audience publique du 2 avril 20...

Recours formé par
Monsieur ... et Madame ..., …
contre une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôt sur le revenu

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 32090 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 22 février 2013 par Maître Alexandre CHATEAUX, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ... et de son épouse, Madame ..., demeurant ensemble à L-…, tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 19 novembre 2012 portant rejet de leur réclamation introduite le 30 juin 2012 contre le bulletin de l'impôt sur le revenu des personnes physiques de l'année 2008, émis le 20 juin 2012 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 17 mai 2013 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 17 juin 2013 par Maître Alexandre CHATEAUX au nom des demandeurs ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 5 juillet 2013 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision entreprise ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport et Maître Jessy JACQUOTTE, en remplacement de Maître Alexandre CHATEAUX, ainsi que Madame le délégué du gouvernement Monique ADAMS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 3 mars 20....

Il ressort des explications des parties et des pièces du dossier que dans le cadre du contrat de travail conclu avec son employeur de l'époque, la société ... S.A., Madame ... s'est vu attribuer à partir de l'année 2000 des options sur acquisition d'actions dans le cadre d'un plan d'options sur acquisition d'actions. Le 7 mars 2008, elle exerça ces options d'acquisition d'actions et acquit 2246 actions de la ... pour une valeur estimée de l'action sous-jacente à ... USD, contre un

prix d'exercice fixé à ... UDS pour les options octroyées en 2002 et à ... USD pour celles octroyées en 2003.

Les demandeurs expliquent encore que suite à la crise financière et notamment la faillite de LEHMANN BROTHERS, la valeur de ces titres aurait chuté à ... USD et que ce ne serait que le 20 octobre 2009 que Madame ... aurait revendu ces titres au prix de ... USD par action.

En date du 20 juin 2012, le bureau d'imposition RTS Pétange de l'administration des Contributions directes émit à l'encontre des demandeurs un bulletin d'imposition de l'impôt sur le revenu de l'année 2008 dans lequel le revenu imposable provenant d'une occupation salariée dans le chef de Madame ... fut fixé pour l'année 2008 à un montant total de ....- EUR, y inclus le montant correspondant à l'avantage en nature résultant de l'exercice par Madame ... des 2246 options d'acquisition d'actions égal à ....- EUR, les demandeurs précisant à cet égard que ce montant aurait été calculé sur base de la différence entre la valeur de marché de l'action ..., à savoir ....- EUR et les prix d'exercice fixés à l'avance, à savoir entre ....- USD et ....- USD, à la date de l'exercice des options, le 7 mars 2008.

Contre ce bulletin, les demandeurs introduisirent en date du 30 juin 2012 une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, ci-après dénommé « le directeur ».

Par une décision datée du 19 novembre 2012, référencée sous le n° C 17735, le directeur rejeta cette réclamation comme non fondée. Ladite décision est libellée comme suit :

« *Vu la requête introduite le 3 juillet 2012 par les époux, le sieur ... et la dame ..., demeurant à L-..., pour réclamer contre le bulletin de l'impôt sur le revenu de l'année 2008, émis en date du 20 juin 2012 ;*

Vu le dossier fiscal ;

Vu les §§ 228 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que la réclamation a été introduite par qui de droit (§ 238 AO), dans les forme (§ 249 AO) et délai (§ 245 AO) de la loi, qu'elle est partant recevable ;

Considérant que les réclamants font grief au bureau d'imposition d'avoir redressé leur imposition sur différents points, notamment en ce qui concerne la rubrique du revenu net provenant d'une occupation salariée ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens des réclamants, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

Qu'à cet égard, le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

Qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

En ce qui concerne le revenu net provenant d'une occupation salariée

Considérant que les réclamants se sentent lésés par le fait que le bureau d'imposition a procédé au redressement des faits d'obtention déclarés en relation avec leur occupation salariée ;

Considérant qu'en ce qui concerne la considération des biens litigieux en tant qu'instruments de travail, ceux-ci ont été jugés relevant de la sphère privée, la loi concernant l'impôt sur le revenu réservant, en son article 105 L.I.R., la déduction, en tant que frais d'obtention, aux dépenses faites directement pour acquérir ou conserver des recettes, déclinant ainsi la déduction des dépenses mixtes ; qu'en effet, l'interdiction de ventilation retenue par l'article 12 L.I.R. sort pleinement ses effets, les dépenses mixtes n'étant point susceptibles de faire l'objet d'une déduction sous quelque catégorie de revenus que ce soit, sauf si l'utilisation professionnelle des biens en question se laisse clairement et nettement distinguer de l'utilisation privée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que par ailleurs le montant des frais, accordés à titre de frais d'obtention par le bureau d'imposition, est à confirmer ;

Considérant encore que les réclamants estiment que l'imposition, au titre de l'année litigieuse, d'un avantage en nature résultant de l'exercice d'un plan d'option sur acquisition d'actions (stock options plan), dans le chef de l'épouse, serait injustifiée et exagérée du fait que « cette estimation de l'avantage en nature d'EUR … (USD …) est basée sur la différence entre la valeur de marché de l'action … (USD …) et les strike-prices (entre USD … et …) à la date d'exercice des options (07.03.2008) » ; que « ceci serait une estimation correcte si les titres ainsi acquis auraient été vendu (sic) en même temps » ;

Considérant que « malheureusement suite à un conseil fiscale (sic) erroné, nous pensions que les titres ainsi acquis devaient être gardé pendant au moins 6 mois avant d'être vendu (sic) pour que la plus-value éventuel (sic) ne soit pas imposable » ; qu' « entretemps il y a eu la crise financière suite à la faillite de Lehmann Brothers », et qu' « une conséquence de la crise est que le titre STT à (sic) chuter (sic) à USD ....00 », de sorte qu' « il a été donc impossible de les vendre à ce moment-là et nous avons dû attendre que le titre remonte en valeur pour ne pas subir une perte conséquente sur l'opération » ;

Considérant que finalement « les titres n'ont donc été vendu (sic) que le 20/10/2009 au prix de USD ... par action » et que « le montant de la plus-value (l'avantage réel) effectivement réalisée sur l'ensemble de l'opération n'était que de EUR … (USD …) et non d'EUR … (USD …) donc la différence d'EUR … dans l'estimation de l'avantage en nature » ;

Considérant qu'à titre explicatif, qu' « entre la date d'exercice (07/03/2008) et le 08/06/2012 la valeur de clôture moyenne du titre STT est de USD … (ceci est basée (sic) sur une série de 1074 observations) » et que « de même la valeur moyenne de ce titre entre la date d'exercice et le jour de la vente (20/10/2009) des titres est d'USD …(410 observations) », de sorte qu' « il est claire (sic) que sur base de cette analyse le prix de vente des titres de USD … reflète en effet beaucoup mieux la valeur réelle des stock options exercée (sic) que celle qui a été retenue (USD …) pour calculée (sic) le montant imposable » ;

Considérant néanmoins qu'en matière fiscale, il y a lieu de distinguer entre deux volets concernant l'imposition d'un plan d'options sur acquisition d'actions, la mise à disposition des options, voire des actions au salarié, d'une part, et la revente, le cas échéant endéans un délai de 6 mois, d'autre part ;

Considérant que, même si le volet de la revente des actions acquises ne fait qu'enceindre un éventuel bénéfice de spéculation au sens de l'article 99bis L.I.R., il n'influe d'ailleurs nullement sur le premier volet, i.e. un éventuel avantage en nature résultant de la mise à disposition de bon nombre de d'options ou d'actions de la part d'un employeur à son salarié, à un prix nettement inférieur à celui qu'aurait dû débourser une personne tierce pour acquérir ce même nombre d'options ou d'actions ;

Considérant qu'en l'espèce, les réclamants confondent ces deux volets indépendants l'un de l'autre, de sorte à aboutir à un amalgame d'idées concernant l'imposition qui, en fin de compte, s'avèrent d'ailleurs injustes face à la circulaire L.I.R. n°104/2 du 11 janvier 2002, concernant le régime d'imposition des plans d'option sur acquisition d'actions et détaillant de la sorte les dispositions de l'article 104 L.I.R. ; qu'en vertu de la dite circulaire, est imposable en tant qu'avantage en nature, à la date de leur mise à disposition de la part d'un employeur à son salarié, soit l'avantage résultant de la différence du prix de marché vis-à-vis du prix d'octroi des options mêmes, s'il s'agit d'options librement négociables, soit l'avantage résultant de la différence du prix du marché vis-à-vis du prix d'exercice de ces options, s'il s'agit d'options virtuelles (i.e. non librement négociables) ; qu'en l'espèce, le bureau d'imposition a procédé à l'imposition d'un avantage en nature résultant justement de l'exercice d'options sur acquisition d'actions, d'ailleurs en conformité absolue avec le certificat de salaire de la réclamante, celui-ci faisant état d'un salaire brut … euros, avantage en nature inclus, de sorte que le bureau d'imposition a appliqué scrupuleusement les dispositions légales en ce qui concerne l'imposition d'un tel avantage en nature ;

Considérant à titre superfétatoire, que remettre en question le mode d'imposition de cet avantage en nature, équivaudrait à affirmer que l'employeur de la réclamante émettrait des certificats de salaire erronés et dénués de toute substance, ce qui prête, pour le moins, à critique ; qu'ainsi toutes les explications de la part des réclamants à titre de conviction du bureau d'imposition, voire du directeur statuant au contentieux, n'aboutissent pas à remettre en question la validité du mode d'imposition du plan d'option sur acquisition d'actions, les règles en étant clairement déterminées dans la circulaire L.I.R. n°104/2 du 11 janvier 2002 ;

<u>En ce qui concerne les intérêts débiteurs tombant sous la rubrique des dépenses spéciales</u>

Considérant que les réclamants entendent déduire, sous la rubrique des dépenses spéciales, la quote-part de leurs intérêts débiteurs relatifs aux prêts hypothécaires finançant leur résidence principale, et dépassant les maxima susceptibles de déduction dans la catégorie de revenu net provenant de la location de biens ;

Considérant que, résultant d'un prêt contracté pour financer l'acquisition d'un immeuble bâti, les intérêts sont d'office à considérer comme frais d'obtention, c'est-à-dire en tant que dépenses faites directement en vue d'acquérir, d'assurer et de conserver des recettes ;

Considérant qu'en général, les dépenses sont à ranger parmi les différentes rubriques, conformément à l'application du principe dit « de subsidiarité », par lequel il y a lieu de comprendre que les dépenses doivent être classées de par leur nature économique, de sorte à ce qu'elles ne puissent ranger dans une catégorie déterminée si elles appartiennent de par leur nature à une autre ; qu'en vertu du dit principe, les intérêts débiteurs ne sont pas déductibles dans la catégorie des dépenses spéciales, lorsqu'ils peuvent être portés en déduction, en principe, dans le cadre d'une autre catégorie de revenus à laquelle ils se rapportent économiquement, même si leur montant dépasse celui qui s'avère susceptible de déduction, la nature des dépenses dépendant de leur relation économique ; qu'en l'espèce il existe un lien causal entre lesdits intérêts débiteurs et le revenu provenant de la fixation de la valeur locative forfaitaire, engendrée par la résidence principale des réclamants ; que les intérêts débiteurs sont, partant déductibles dans le cadre de la détermination du revenu net provenant de la location de biens, dans les limites instaurées par le législateur ;

Considérant que pour le surplus, l'imposition est conforme à la loi et aux faits de la cause et n'est d'ailleurs pas contestée ; […] »

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 22 février 2013, Monsieur ... et son épouse, Madame ..., ci-après « les époux ... », ont introduit un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de la décision directoriale précitée du 19 novembre 2012 en son seul volet ayant trait à l'imposition des plans d'options sur acquisition d'actions exercés par la demanderesse.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « *AO* », et de l'article 8 (3) 1. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal est compétent pour statuer comme juge du fond sur le recours dirigé par un contribuable contre une décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation de sa part contre un bulletin de l'impôt.

Il s'ensuit qu'en l'espèce le tribunal est compétent pour connaître du recours en réformation introduit par les époux ... à l'encontre de la décision directoriale précitée ayant statué sur les mérites de leur réclamation introduite le 30 juin 2012.

Le recours en réformation, ayant par ailleurs été introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Il n'y a dès lors pas lieu de statuer sur le recours en annulation introduit à titre subsidiaire.

A l'appui de leur recours, les demandeurs donnent tout d'abord à considérer qu'il ressortirait de la décision directoriale litigieuse que l'imposition des plans d'options sur acquisition d'actions exercés par la demanderesse serait justifiée sur la seule base des dispositions de la Circulaire L.I.R. n°104/2 du 11 janvier 2002 qui entendrait fixer elle-même les conditions de l'imposition de ces options. Or, dans la mesure il serait admis qu'une circulaire administrative n'aurait aucun caractère légal et qu'elle ne constituerait ni un acte réglementaire ni une décision obligatoire pour les administrés, aucun impôt ne pourrait être généré sur base d'une telle circulaire. Pour appuyer leurs affirmations, ils renvoient aux avis de la Chambre de commerce et

du Conseil d'Etat relatifs au projet de loi n°6497 portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967 sur l'impôt sur le revenu qui auraient pointé l'absence de base légale solide au régime fiscal des plans d'options sur acquisition d'actions.

Les demandeurs considèrent plus particulièrement que la réglementation relative au traitement fiscal des plans d'options sur acquisition d'actions instaurée par voie de circulaire ne serait pas conforme à l'article 99 de la Constitution.

Dans la mesure où la circulaire L.I.R. n°104/2 du 11 janvier 2012 invoquée dans la décision directoriale entreprise serait inopposable aux demandeurs, l'imposition de l'avantage en nature résultant de l'exercice des plans d'options sur acquisition d'actions telle que déterminée par ladite circulaire serait dépourvue de base légale.

Dans leur mémoire en réplique, les demandeurs insistent encore sur le fait que même si la circulaire faisait référence aux articles 104 et 108 L.I.R., il n'en demeurerait pas moins que le traitement fiscal des plans d'options sur acquisition d'actions serait uniquement déterminé par ladite directive.

A titre subsidiaire, les demandeurs soulignent que le mode d'imposition des plans d'options sur acquisition d'actions déterminé par la circulaire prévoirait une imposition d'un avantage en nature, soit lors de l'acquisition de l'option, soit lors de l'exercice de l'option suivant qu'elles sont librement négociables ou non.

En l'espèce, les options sous analyse seraient des options non librement négociables dont l'avantage en nature résultant de leur exercice devrait se situer au jour de l'exercice de l'option, de sorte qu'il y aurait lieu de distinguer la mise à disposition des options ou actions au salarié, de la revente de ces titres. En effet, une option non librement négociable et non dévolue ne représenterait qu'une probabilité de plus-values futures alors qu'une option dévolue constituerait un avantage économique concret.

Les demandeurs insistent sur le fait que le gain réel de la vente des actions obtenues aurait été largement moindre par rapport au montant de l'imposition retenu résultant de l'avantage en nature, de sorte que lors de la vente des actions, ils n'auraient pas disposé d'une trésorerie suffisante pour faire face à l'impôt dû et que l'imposition de l'avantage en nature telle que calculée ne serait pas constitutive d'un avantage équitable par rapport à un bonus versé au comptant et imposé uniquement lorsqu'il est versé. Une telle imposition introduirait dès lors une discrimination fiscale entre deux formes de rémunérations qui, pour le salarié, seraient presque les mêmes.

Les demandeurs se réfèrent encore au rapport final du groupe d'experts de la Commission Européenne de juin 2013 sur les options d'achat d'actions des salariés de l'Union Européenne, pour insister sur le fait qu'un certain nombre de pays prévoiraient des dispositifs fiscaux privilégiés avec des conditions renforçant la dimension de plus-value en capital des gains qui sont dérivés des options et qu'en l'espèce, les plans d'options sur acquisition des actions de la ... souscrites par la demanderesse répondraient à ces conditions. Ils en concluent que dans un souci d'uniformisation du droit, la décision directoriale litigieuse, tout comme le bulletin d'imposition de l'année 2008, devraient être réformés, sinon annulés alors que le mode d'imposition des plans

d'options sur acquisition d'actions ainsi retenu par la circulaire serait contestable et devrait être modifié en ce sens.

Dans leur mémoire en réplique, ils soulignent à cet égard encore que s'il n'était pas contesté que l'octroi d'options non librement négociables aurait suscité chez la demanderesse un enrichissement, il serait néanmoins évident que l'imposition de l'avantage en nature litigieux résultant de l'exercice de ces options ne reflèterait pas l'augmentation réelle de son patrimoine et que l'évaluation de l'avantage en nature résultant de l'exercice desdites options en mars 2008 devrait se faire sur base de la plus-value de vente des actions acquises, vente qui n'aurait été réalisée qu'en octobre 2009.

Finalement, et pour le cas où la circulaire litigieuse devait tout de même trouver à s'appliquer, les demandeurs sollicitent sur base de cette circulaire la prise en compte pour le calcul de l'avantage en nature imposable d'une décote de 5 % par année de blocage, sans toutefois dépasser 20% de la valeur en bourse ou de la valeur estimée de la réalisation des actions obtenues dans le cadre du plan d'options litigieux.

Cette décote s'appliquerait en effet lorsque les actions obtenues seraient frappées d'une clause d'indisponibilité suivant laquelle les actions ne peuvent pas être cédées pendant un certain temps, clause qui serait en l'espèce prévue à l'article 6.3. (c) du document intitulé « *Transferability and Other Restrictions* » du document « *... Corporation 1997 Equity Incentive Plan amended as of Septembre 27, 2000* ».

Dans leur mémoire en réplique, les demandeurs renvoient encore dans ce contexte au point 1 du document intitulé « *Terms and conditions apply to Incentive Stock Options and/or Non-Qualified Stock Options* », duquel il ressortirait que la demanderesse aurait dû attendre l'écoulement d'une période déterminée avant d'avoir pu « *exercer la totalité des actions couverte par l'option* », ladite option n'ayant pu être exercée « *qu'à concurrence de 33 % des actions couvertes par celle-ci par année et sur une période totale de trois ans* ». Cette période de blocage aurait dès lors nécessairement rendu les actions sous-jacentes indisponibles puisque « *à défaut de pouvoir les exercer* », il aurait été impossible à la demanderesse de les vendre.

Tel que relevé ci-avant, les demandeurs critiquent tout d'abord la décision litigieuse dans la mesure où l'imposition de l'avantage en nature résultant de l'exercice des plans d'options sur acquisition d'actions, telle que déterminée par la circulaire précitée, ne serait pas fondée en droit, les demandeurs estimant plus particulièrement que ladite circulaire, qui n'aurait aucun caractère légal, ne pourrait générer un quelconque impôt.

Avant tout autre progrès en cause, le tribunal, statuant en l'espèce en tant que juge de la réformation, avec la mission de statuer au fond et de refaire l'appréciation en fait et en droit, « *voire de refaire - indépendamment de la légalité - l'appréciation de l'administration»*[1] en se plaçant au jour où lui-même est appelé à statuer, est amené à constater que la circulaire L.I.R. n°104/2 du 11 janvier 2002 concernant le régime d'imposition des plans d'options sur acquisition d'actions, telle qu'invoquée tant par les demandeurs que par la partie étatique, a été remplacée à partir du 1er janvier 2013 par la circulaire L.I.R. n°104/2 du 20 décembre 2012, ci-après « la

[1] Cour adm. 6 mai 2008, n° 23341C, Pas. adm. 2012, V° Recours en réformation, n° 11.

circulaire ». Dans la mesure où la nouvelle circulaire n'apporte pas de modifications en ce qui concerne tant les dispositions générales ayant trait au traitement fiscal de l'avantage des stock options que celles ayant trait plus particulièrement au traitement fiscal des options non librement cessibles - étant relevé que les parties s'accordent pour dire que les options accordées à la demanderesse étaient des options non librement cessibles, ce qui ressort également des pièces versées en cause -, l'invocation de l'ancienne circulaire n'influe pas sur le recours sous analyse.

Ensuite, le tribunal constate qu'il ressort des explications des parties et des pièces figurant au dossier, qu'à partir de l'année 2000, la demanderesse s'est vue offrir par son employeur des options sur acquisition d'actions de la société ... et que le 7 mars 2008, elle a exercé ces options et acquis 2246 actions.

Le tribunal est à cet égard amené à relever que les demandeurs ne contestent pas la qualification fiscale de revenu de l'avantage en nature résultant de l'exercice par la demanderesse des plans d'options sur acquisition d'actions litigieux, seule l'absence de base légale de l'imposition de cet avantage en nature étant mise en cause.

Or, s'il est vrai que pour ce qui est spécifiquement des options sur acquisition d'actions offertes par l'employeur à ses salariés, il n'existe pas de régime fiscal spécial prévu par la loi, il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où il s'agit d'un avantage économique octroyé par l'employeur à ses salariés exclusivement en raison de leur statut de salariés, il convient, tel que le précise à juste titre la circulaire litigieuse, de soumettre cet avantage en nature à l'impôt suivant les règles de droit commun. Le régime d'imposition de cette prestation patronale doit dès lors être déterminé par rapport aux principes généraux de la loi modifiée de l'impôt sur le revenu du 4 décembre 1967, ci-après désignée par « L.I.R. », et plus particulièrement par rapport à celui de la notion de revenu tel que défini à l'article 104 L.I.R. et celui de l'année d'imposition à laquelle il convient de rattacher le revenu en question, telle que définie à l'article 108 L.I.R..

En effet, aux termes de l'article 104 (1) LIR « *Sont considérés comme recettes tous les biens et avantages, tant en espèces qu'en nature, mis à la disposition du contribuable dans le cadre de l'une des catégories de revenus nets mentionnées aux numéros 4 à 8 de l'article 10* », donc notamment celles provenant de revenus salariés, tandis qu'aux termes de l'article 95 (1) L.I.R., « *1) Sont considérés comme revenus d'une occupation salariée : 1. les émoluments et avantages obtenus en vertu d'une occupation dépendante et les pensions allouées par l'employeur, avant la cessation définitive de cette occupation* ».

L'article 104 (2) L.I.R. précise quant à lui en ce qui concerne l'évaluation de avantages en nature que « *Les biens et avantages ne consistant pas en espèces, tels que le logement, le chauffage, la nourriture, les marchandises et autres prestations, sont estimés aux prix moyens usuels du lieu de consommation ou d'usage et de l'époque de la mise à disposition.* (…) ».

L'article 108 (1) L.I.R. a quant à lui la teneur suivante : « *Les recettes sont à attribuer à l'année d'imposition au cours de laquelle elles sont mises à la disposition du contribuable*. (…) »

D'une manière générale et en application des dispositions légales citées ci-dessus, toute rémunération en nature ou en espèces attribuée par l'employeur à ses salariés relève du revenu provenant d'une occupation salariée et est par conséquent imposable ; plus particulièrement, les

avantages en nature font partie intégrante du revenu salarial dès qu'ils sont mis à la disposition du salarié.

Le tribunal relève encore que l'article 104 (2) L.I.R. énonce le principe en matière d'évaluation des avantages en nature, à savoir que « *Les biens et avantages ne consistant pas en espèces, tels que le logement, le chauffage, la nourriture, les marchandises et autres prestations, sont estimés aux prix moyens usuels du lieu de consommation ou d'usage et de l'époque de la mise à disposition* », ce principe et ses modalités d'application n'étant que précisés spécifiquement pour ce qui est de l'avantage des options sur acquisition d'actions par la circulaire L.I.R. n° 104/2 du 20 décembre 2012.

Si les demandeurs reprochent plus particulièrement à la circulaire d'indiquer que *« les promesses ou expectatives offertes par l'employeur aux salariés de pouvoir bénéficier sous certaines conditions d'un avantage ne constituent pas, au regard des dispositions fiscales prévisées, un revenu d'une occupation salariée* » et d'avoir de ce fait fixé elle-même les conditions de l'imposition des options d'acquisition d'actions, force est toutefois au tribunal de constater que la circulaire se contente d'interpréter les dispositions des articles 95, 104 et 108 L.I.R. et plus particulièrement la notion de « *revenu d'une occupation salariée* » et de « *mise à disposition* ». La circulaire précise en effet que pour qu'il y ait un revenu imposable dans le chef du salarié, il faut que l'octroi d'un bien dans le cadre de son occupation salariée génère un enrichissement dans son chef, ce qui exclut nécessairement de simples promesses ou expectatives offertes aux salariés de pouvoir bénéficier d'un avantage en nature hypothétique, l'enrichissement naissant une fois que le salarié se voit réellement attribuer le bien ayant fait l'objet de la promesse. C'est également à partir de ces mêmes notions légales que la circulaire opère la différence de traitement fiscal suivant que le salarié se voit allouer des options librement négociables ou non librement négociables, les premières, qui sont librement cessibles, constituant un avantage en nature dès qu'elles sont allouées au salarié, tandis que les secondes, dont la contre-valeur n'est pas disponible à tout moment pour le salarié, ne génèrent un revenu que lorsque suite à l'exercice de leurs options d'acquisition d'actions, les salariés achètent des actions.

Il s'ensuit que tant l'imposition critiquée que son évaluation tirent leur base légale des articles 95 et 104 et 108 L.I.R. qui régissent en effet l'imposition de tous les avantages en nature, dont notamment ceux sous forme d'options sur acquisition d'actions offertes par l'employeur à ses salariés, et non pas de la seule circulaire litigieuse. En conséquence, les directives internes adoptées par le directeur à travers la circulaire litigieuse doivent être considérées comme se situant dans le cadre des dispositions légales et réglementaires applicables, à savoir le régime fiscal général de l'impôt sur le revenu, les demandeurs ne précisant d'ailleurs pas dans quelle mesure la circulaire litigieuse contiendrait des règles allant au-delà de ce qui est de toute façon prévu par la loi et en l'espèce, plus particulièrement par les articles 95, 104 et 108 L.I.R..

Le moyen tiré d'une absence de base légale de la décision litigieuse doit dès lors être rejeté pour ne pas être fondé.

Les demandeurs font ensuite valoir que le mode d'imposition des plans d'options sur acquisition d'actions « *déterminé par la Circulaire L.I.R. n°104/2 du 11 janvier 2002* », ne serait pas équitable par rapport à celui d'autres formes de gratifications accordées aux salariés, tel

qu'un bonus versé au comptant et imposé uniquement lors du versement, de sorte que cette imposition introduirait une discrimination fiscale entre deux formes de rémunérations qui, du point de vue du salarié, seraient presque identiques.

La partie étatique soulève l'irrecevabilité de ce moyen au motif que les demandeurs resteraient en défaut de fournir le moindre moyen en droit concret et précis à l'appui de leur prétention consistant en fait à vouloir une évaluation de l'avantage en nature alloué en mars 2008 sur base de la plus-value de revente des actions réalisée en octobre 2009.

Encore que les demandeurs n'invoquent pas de base légale à l'appui de leur second moyen, force est de relever qu'il ressort de leurs développements que leur moyen est fondé sur une prétendue discrimination fiscale dont ils auraient été victimes du fait du régime d'imposition qui a été appliqué au moment de l'exercice par la demanderesse de ses options sur actions ainsi que sur leur souhait de voir modifié le mode d'imposition des plans d'options sur acquisition d'actions pour être contestable.

L'absence de développements concrets en droit n'est dès lors pas de nature à rendre le moyen irrecevable mais, le cas échéant, non fondé.

Ensuite, tel que relevé ci-dessus, l'article 104 (2) L.I.R. énonce qu'un avantage en nature est estimé aux prix moyens usuels du lieu de consommation ou d'usage et de l'époque de la mise à la disposition, l'explication annotée de l'expression « *prix moyens usuels* » telle qu'elle ressort du commentaire des articles afférent ayant la teneur suivante : « *Le prix moyen usuel est représenté par le prix que le contribuable (et non le débiteur) aurait dû débourser pour se procurer les biens et avantages en question (commentaire des articles, 571-4, p. 211)* ».

Par ailleurs, pour qu'il y ait recettes au sens de l'article 104 (1) L.I.R., il faut qu'il en résulte un enrichissement effectif pour le contribuable[2], la notion de « recettes » englobant tous les biens et avantages tant en espèces qu'en nature, c'est-à-dire appréciables en argent[3]. C'est la mise à disposition qui donne naissance aux recettes, étant précisé que par « mise à disposition », il y a lieu d'entendre l'opération par laquelle le droit de disposer d'un bien économique est transféré d'une personne à une autre[4].

Or, lorsque le salarié a droit à un bonus sous forme de versement d'une somme d'argent déterminée, la mise à disposition de cet avantage, et donc l'enrichissement du salarié, s'opère lorsque le salarié perçoit l'argent lui versé par l'employeur et qu'il peut en user librement. La situation d'un salarié ne bénéficiant non pas du versement d'un bonus sous forme d'une somme d'argent, mais se voyant offrir la possibilité de souscrire à des actions de la société à un prix d'achat de faveur est nécessairement différente. En effet, lorsque, comme en l'espèce, les options sur acquisition d'actions ne sont pas librement négociables, l'option n'enrichit pas immédiatement son bénéficiaire mais seulement à terme, l'employeur n'offrant en effet qu'une expectative ou une promesse à son salarié de pouvoir bénéficier sous certaines conditions d'un gain futur. L'imposition ne peut donc nécessairement intervenir que lors de la mise à disposition

[2] Norbert Fehlen, Impôt sur le revenu (IV), Etudes fiscales, numéros 75/76, octobre 1986, point 104.02, page 573.
[3] Norbert Fehlen, Impôt sur le revenu (IV), Etudes fiscales, numéros 75/76, octobre 1986, point 104.02, page 573.
[4] Norbert Fehlen, Impôt sur le revenu (IV), Etudes fiscales, numéros 75/76, octobre 1986, point 104.15, page 575.

effective de l'avantage économique, c'est-à-dire lorsque les salariés exercent leurs options d'achat et acquièrent les actions à un prix fixé par avance.

En effet, à partir du moment où le salarié a acquis les actions, et ce, généralement, comme en l'espèce, à un prix nettement inférieur à celui qu'aurait dû débourser une tierce personne pour le même nombre d'actions, il réalise un revenu qui rentre dans son patrimoine privé et juridique, de sorte qu'à ce moment précis, il y a un enrichissement dans son chef. A cela s'ajoute que dès que les actions ont été acquises, le salarié peut les céder à sa guise et réaliser un bénéfice de spéculation le cas échéant imposable dans une deuxième phase en vertu de l'article 99 bis L.I.R..

Le fait qu'en l'espèce, la demanderesse, tout en ayant acquis ses actions le 7 mars 2008, ne les a vendues qu'en octobre 2009 - encore que, tel que cela sera développé ci-dessous, les actions acquises n'étaient frappées par aucune clause d'indisponibilité -, et ce à un prix moindre que celui escompté, ne saurait en tout état de cause être opposable à l'administration, puisque cette décision était guidée par un choix privé et ne met en cause son enrichissement en date du 7 mars 2008.

Dans la mesure où la situation des salariés bénéficiant du versement d'un bonus au comptant et celle de ceux se voyant offrir des options sur acquisition d'actions de la part de l'employeur n'est en tout état de cause pas la même, les demandeurs ne sauraient invoquer une quelconque discrimination en termes de traitement fiscal sur cette base.

En ce qui concerne encore les différentes réflexions des demandeurs relatives au caractère contestable du mode d'imposition des plans d'options sur acquisition d'actions tel que retenu par la loi et la circulaire litigieuse, notamment dans un souci d'uniformisation du droit, il y a lieu de souligner que même à supposer que les interrogations des demandeurs y relatives soient fondées, il n'appartient ni au juge d'interpréter une disposition légale au-delà des termes y employés[5], ni de l'adapter aux nouvelles circonstances de fait au-delà de son contenu précis[6], le juge étant tenu d'appliquer la loi, aussi perfectible que celle-ci puisse paraître le cas échéant, étant entendu qu'il appartient au seul pouvoir législatif de modifier ou d'adapter une disposition légale contenant un prétendu illogisme ou d'un prétendu traitement inégalitaire, s'agissant là d'une prérogative appartenant au seul pouvoir politique, échappant au champ de compétence des juridictions.

C'est par conséquent à bon droit que l'administration des Contributions directes a basé l'évaluation de l'avantage en nature tiré de l'acquisition par la demanderesse de 2246 actions lors de l'exercice, le 7 mars 2008, d'options non librement cessibles sur la différence entre, d'une part, la valeur en bourse des actions obtenues et, d'autre part, le montant de faveur payé par la demanderesse pour l'acquisition desdites actions.

Finalement, les demandeurs estiment encore, et pour autant que la circulaire litigieuse trouverait à s'appliquer, que ce serait à tort qu'ils n'auraient pas bénéficié d'une décote de 5 % par année de blocage sur l'imposition de l'avantage en nature résultant de l'exercice par la demanderesse du plan d'options sur acquisition d'actions.

---

[5] Voir Cour adm. 1er avril 2004, n° 17089C, Pas.adm. 2012, V° Lois et règlements, n° 85.
[6] Voir trib. adm. 9 février 2004, n° 16995, Pas.adm. 2012, V° Lois et règlements, n° 87.

Force est à cet égard tout d'abord de relever qu'en son point 1.2., la circulaire litigieuse précise que « *dans certains cas, les actions acquises dans le cadre d'un tel plan d'option sur actions sont frappées d'une clause d'indisponibilité, c.-à-d. que pendant un certain nombre d'années le salarié ne peut pas céder les actions qu'il a acquises dans le cadre du plan. Cette clause d'indisponibilité réduit la valeur intrinsèque de l'action, parce que pendant la période de blocage, le salarié ne peut céder lesdites actions ni pour réaliser une éventuelle plus-value, ni pour limiter une éventuelle moins-value qui est survenue au cours du blocage. Aussi, pour tenir compte de la diminution de valeur consécutive à l'indisponibilité des actions, l'Administration des contributions admet-elle une décote de 5 % par an, sans toutefois dépasser 20%, de la valeur en bourse ou de la valeur estimée de réalisation des actions obtenues dans le cadre du plan en vue de déterminer l'avantage en nature à imposer dans le chef du salarié* (…) ».

Il ressort dès lors clairement de ces dispositions qu'une clause d'indisponibilité générant une décote de 5% par an peut toucher les actions qui, tout en ayant été acquises lors de l'exercice des options y afférentes, ne peuvent pas être cédées par les salariés avant l'expiration d'une période déterminée.

En l'espèce, les demandeurs se fondent sur la clause 6.3. (c) intitulée « *Transferability and Other Restrictions* » du document « ... *Corporation 1997 Equity Incentive Plan amended as of Septembre 27, 2000* », ainsi que sur le point 1 des « *Terms and Conditions apply to Incentive Stock Options and/or Non-Qualified Stock Options* », pour soutenir que les actions ... seraient frappées d'une période de blocage pendant laquelle elles ne pourraient pas être cédées et justifiant ainsi dans leur chef le bénéfice d'une décote de 5 % par année de blocage telle que prévue dans la circulaire.

Or, le tribunal relève, à l'instar de la partie étatique, que la clause 6.3. c) invoquée par les demandeurs à l'appui de leurs prétentions, qui s'intègre dans le chapitre 6 dudit document intitulé « *Types of Awards* », n'est pas pertinente en l'espèce, alors qu'elle a trait non pas aux options sur acquisition d'actions offertes aux salariés - dont a bénéficié la demanderesse -, mais à une autre forme d'avantage ou de récompense, à savoir à la mise à disposition directe d'actions de négociation restreinte ou illimitée (« *Restricted and Unrestricted Stock* »).

C'est en effet la clause 6.1. intitulée « *Options* » du même document qui décrit la possibilité donnée - comme en l'espèce à la demanderesse - aux salariés d'exercer des options sur acquisition d'actions.

Or, ni la clause 6.1. du document « *Transferability and Other Restrictions* » du document « *... Corporation 1997 Equity Incentive Plan amended as of Septembre 27, 2000* », ni les dispositions contenues dans les « *Terms and Conditions » applicables aux « Incentive Stock Options (ISOs) and/or Non-Qualified Stock Options (NQOs)* » ne contiennent de clause d'indisponibilité en vertu de laquelle les salariés ayant exercé leurs options d'achat et acquis des actions ne peuvent pas céder les actions acquises avant l'expiration d'un certain délai.

En effet, le point 1 des « *Terms and Conditions* » qui énonce ce qui suit : « *Subject to paragraphs 5 and 6 hereof and to this paragraph 1, the Option shall be exercisable from and after June 15, 2011 as to 33 1/3% of the shares covered by the Option, as to an additional 33 1/3 % of the shares from and after June 15, 2002, and as to the final 33 1/3% of the shares from and*

after June, 2003 (…) », a seulement trait à la période d'exercice des options, sans avoir trait au sort ultérieur des actions acquises par les salariés au moment de l'exercice des options ni à la cessibilité de ces actions.

Les demandeurs soulignent d'ailleurs eux-mêmes que suivant le point 1 des « *Terms and Conditions* » précités, la demanderesse aurait dû attendre l'échéance d'une période donnée avant de pouvoir « exercer » la totalité des options. C'est toutefois à tort qu'ils en déduisent que la période de blocage appliquée à l'exercice de l'*option* d'acquisition d'actions litigieuse aurait nécessairement eu pour conséquence une indisponibilité des actions sous-jacentes alors qu'à défaut d'avoir pu exercer les options, la demanderesse n'aurait pas non plus pu vendre les actions y afférentes.

En effet, le but de l'application d'une décote de 5 % par an en présence d'une clause d'indisponibilité des actions acquises est de compenser une éventuelle réduction de la valeur de l'action acquise par le salarié pendant la période où il ne peut pas la céder. Or, tant que le salarié n'a pas pu exercer les options, il n'est pas non plus en possession des actions afférentes et il ne saurait par conséquent faire valoir un droit à compensation d'une perte de valeur d'actions non encore entrées dans son patrimoine.

Il s'ensuit que les demandeurs ne sauraient faire valoir un droit à l'application d'une décote de 5% par année de blocage sur l'imposition de l'avantage en nature résultant de l'exercice du plan d'options sur acquisition d'actions.

Au vu de ce qui précède le recours des demandeurs est à rejeter pour ne pas être fondé.

Eu égard à l'issue du litige, la demande en allocation d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros formulée par les demandeurs sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives est à rejeter comme non fondée.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

déclare le recours en réformation introduit à titre principal contre la décision directoriale du 19 novembre 2012 recevable en la forme ;

au fond, le déclare non justifié, partant en déboute ;

dit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le recours en annulation introduit à titre subsidiaire ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure de 1.000.- euros formulée par les demandeurs ;

condamne les demandeurs aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 2 avril 20... par:

Marc Sünnen, premier vice-président,
Thessy Kuborn, premier juge,
Alexandra Castegnaro, juge,

en présence du greffier Michèle Hoffmann.

s. Michèle Hoffmann s. Marc Sünnen